

ENFITEUSE

(INSTITUTO EM EXTINÇÃO)

GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA

Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora Doutora de Direito Civil e Direito Agrário, nos cursos de graduação e de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito de Bauru (ITE).

A – RAÍZES HISTÓRICAS

Apesar da origem grega do nome, não se atribui com exata certeza, idêntica origem ao instituto.

Contudo, a etimologia nos indica que existiu o *ius emphyteuticum*, referido no direito romano, preexistindo ao direito grego.

Na codificação justinianéia, consolidou-se a fusão, iniciada no século III, do chamado arrendamento perpétuo estabelecido entre camponeses e o Estado, *ager vectigalis*, com o dever de fazer produzir a terra, objeto da enfiteuse.

Justificava-se a medida em Roma, pelas grandes conquistas que caracterizaram tal período histórico. As terras eram demarcadas e dadas em arrendamento, pelos censores, aos particulares, para que as cultivassem e as fizessem produzir. Pagava-se, então, ao Estado, a título de foro, um *vectigale*, que era o tributo, o aluguel, muitas vezes representado pelo próprio produto colhido.

Esse direito concedido aos particulares poderia ser transferido a outrem, por ato *inter vivos*, ou *causa mortis*.

A expressão *ius emphyteuticum* surgiu com a famosa constituição de Zenon, por volta de 484 d.C., que procurou pôr fim aos conflitos derivados da interpretação dos juriconsultos que entendiam ora ser a enfiteuse uma compra e venda, ora uma locação.

Evidentemente, contudo, foi após a codificação do *Corpus Iuris Civilis*, determinada por Justiniano, que encarregou dez dos mais competentes de seus súditos de fazê-la, que o instituto da enfiteuse se firmou e expandiu para os demais sistemas que ao direito romano se filiaram.

Foi neste corpo de leis que a enfiteuse passou a ser vista como *ius in re aliena*, isto é, como *direito real sobre coisa alheia*.

Dizem os doutrinadores, e com razão, que este instituto jurídico é daqueles que guardam enorme vinculação com as condições econômicas e sociais de cada época, influenciando, inclusive, a organização política dos povos, como o feudalismo.

Na Inglaterra feudal, à volta do século XI, conheceu-se um sistema de exploração de terras denominado *vilania*, que bem refletia o quadro político da época. Diferente do *vassalo* e dos *camponeses*, havia a figura do *vilão*, situado entre o homem livre e o escravo. Vinculava-se a um lote de terra pertencente ao *senhor*, embora dele não fosse *escravo*, e o cultivava. Em troca desta *permissão* para trabalhar a terra, e em troca, também, de proteção, os *vilões* ficavam eternamente obrigados a prestar serviços ao *senhor feudal*, numa perene vinculação de *servilismo*.

As terras sob este regime de *vilania* eram transmitidas *causa mortis*, por tantas gerações quantas necessárias à obtenção de direitos sobre elas.

Vistos sempre com maus olhos e desrespeitados por todos, os *vilões* foram paulatinamente desaparecendo, juntamente com o declínio do próprio regime feudal e pode ser daí, talvez, o significado pejorativo que a palavra *vilão* carrega até hoje (mau-caráter, violento).

Havia traços de enfiteuse neste regime de vilania, por certo. Mas, hoje, o instituto da *enfiteuse* já não aparece em diversos códigos e a tendência moderna é pela sua total eliminação.

Assim é, por exemplo, que já não encontramos a enfiteuse no Código de Napoleão e, mais recentemente, observamos sua abolição nos Códigos do México, da Argentina, do Chile, da Alemanha, da Suíça e do Uruguai.

B – NO BRASIL

No Brasil, haveremos de reconhecer, o instituto gerou bons frutos, mormente no século passado, graças à vasta extensão de nossas terras incultas e carentes de quem as fizesse produzir.

Trouxe-nos, a *enfiteuse*, como resultado, a urbanização de áreas circunvizinhas aos grandes centros, bem como a instalação dos núcleos industriais, em diversos pontos do País.

O nosso Código Civil de 1916 tratou a enfiteuse de uma maneira muito pura, sob o ponto de vista legislativo, uma vez que retirou dela todas as interferências estranhas e lhe devolveu o seu caráter especialíssimo. Tratou-a como um *ius in re aliena*, no título relativo aos direitos reais sobre coisas alheias (arts. 678 a 694).

No entanto, esta fidelidade às suas raízes não lhe assegurou a eternidade, e assistimos, hoje, algumas décadas passadas, o seu franco desuso, bem como a desatualização das expressões usadas por Bevilacqua, tais como: *domínio direto e domínio útil*.

C- CONCEITO E ELEMENTOS FUNDAMENTAIS

Escolhemos o conceito de Rubens Limongi França (*Manual de Direito Civil*, Ed. RT, 1971, v. 3, p. 220) que refere o seguinte:

Enfiteuse, emprazamento, aforamento e também prazo ou foro, é o desmembramento da propriedade da qual resulta o direito real perpétuo, em que o titular, enfiteuta, assumindo o domínio útil da coisa, constituída de terras não cultivadas ou terrenos por

edificar, prazo, bem enfiteutico ou bem foreiro, é assistido pela faculdade de lhe fruir todas as utilidades, sem destruir a substância, mediante a obrigação de pagar ao nú-proprietário, senhorio direto, uma pensão anual invariável, foro.

O que desde logo se observa é a curiosidade do desmembramento da propriedade em duas espécies de direitos reais: o *domínio direto*, do proprietário ou senhorio direto, e o *domínio útil*, do enfiteuta ou senhorio útil.

As expressões foram muito combatidas, consideradas inaptas e impróprias ao uso a que se destinavam, entre outras coisas porque operava confusão entre domínio direto e posse direta, sendo claro que o senhorio direto era justamente quem tinha a posse indireta do bem.

Maria Helena Diniz (*Código Civil Anotado*, 1ª ed. Saraiva, 1995, art. 678) esclarece com perfeição:

O senhorio direto é o titular do domínio direto ou iminente. É aquele que tem a propriedade do imóvel aforado e está dele afastado, não tendo a posse direta.

Vê-se assim, que o enfiteuta é o que tem a posse direta, não havendo razão a justificar a aversão antes mencionada, pelas expressões empregadas pelo Código Civil.

Traço peculiaríssimo da enfiteuse é a *perpetuidade*, elemento de muita força para a sua caracterização uma vez que, sem ele, o instituto não passaria de um mero arrendamento. É, por isso, elemento essencial da enfiteuse.

O direito brasileiro, ao contrário de outros sistemas, não admitiu a enfiteuse por prazo certo, ou por vida, ou vidas. Garantiu-lhe perpetuidade o art. 679 do Código Civil, ainda que tal caráter possa parecer contraditado pelo art. 693, que admitiu o resgate.

É justamente essa perpetuidade que sempre foi vista como um verdadeiro *atavismo jurídico*, contra a qual a razão e a justiça sempre opuseram restrições, uma vez que fere o senso utilitarista do direito, que distingue a enfiteuse do arrendamento ou da locação, já que é da natureza destes negócios a temporariedade.

D – DIREITOS E OBRIGAÇÕES

O direito do *enfiteuta* é real, é sobre coisa alheia e é imobiliário. Revela-se, principalmente pelo fato de ter, sobre o bem: o uso, o gozo e a disposição; não deve afetar a substância da coisa; implica no exercício da posse direta, a exteriorização deste domínio útil.

Este direito, sem paradigma entre outros é, por assim dizer, tão amplo quanto o direito real do *senhorio direto*, o proprietário do imóvel. Esta aproximação dos direitos de um e de outro, quanto à extensão, conteúdo e alcance, acabaram por confundir os estudiosos, sendo que certa corrente de pensamento se desenvolveu no sentido de compreender a enfiteuse como uma espécie particular de *condomínio*, segundo esclarece Darcy Bessone (*Direitos Reais*, Saraiva, 2ª edição, 1996).

O próprio civilista mencionado é quem melhor demonstra a inoportunidade e insustentabilidade desta posição, demonstrando que, no condomínio, os direitos dos condôminos são qualitativamente idênticos; na enfiteuse, os direitos do enfiteuta e do senhorio ou diretário são qualitativamente diferentes.

E são, efetivamente. Os do enfiteuta, possuidor direto, são, como vimos, os mais amplos: pode usar, fruir e, até dispor da coisa. Já os direitos do senhorio direto versam, antes de tudo, a respeito do recebimento do foro ou aluguel.

Contudo – e esta questão é da mais grave importância – isto não torna o senhorio direto num simples titular de direitos meramente pessoais ou de crédito. Ele foi e continuará sendo o titular do domínio, isto é, titular de um *direito real*, e mais, *direito real sobre a coisa* própria, ainda que não a *plena potestas in re*, isto é, a propriedade plena.

O direito do enfiteuta – *direito real sobre coisa alheia* – ainda que tão amplo, como vimos já, ainda que tão forte a ponto de poder se converter em domínio pelo pagamento do *resgate*, conforme veremos adiante, não se identifica, jamais, com o direito garantido ao senhorio direto.

Este, o *diretário*, que houvera sido o titular de todos os direitos que se unificam no grande direito de propriedade, quais sejam, segundo o art. 524 do Código Civil: *o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua*, já não os tem mais, plenamente, pela enfiteuse. Tem-nos, principalmente os de usar e gozar, exclusivamente o enfiteuta; e ambos têm o direito de dispor, justamente aquele que é o mais indicado, para provar a existência jurídica da propriedade.

Embora tão assemelhados e, às vezes, até amalgamados, ainda assim, não há razão pela qual confundi-los, levando dificuldades ao reconhecimento do verdadeiro *proprietário* do bem enfiteutico.

Antes já referido, o direito mais visível do *senhorio direto*, contudo, é o direito de receber o *canon*, devido anualmente. Por outra parte, e correspondentemente, aflui como obrigação principal do *enfiteuta* o pagamento deste *canon* ou *foro* ou *aluguel*.

Como *direito real sobre coisa alheia* que é, a *enfiteuse* se comporta como uma *compreensão* ao direito real propriamente dito, conforme a feliz menção de De Page e, por isto, tendente à *recuperação* da plenitude, exatamente por conta do caráter elástico da propriedade, que a aceita limitada, mas que a prefere plena.

Assim considerando, e retornando à temática em apreço, há de se registrar, até por conta disto, que ao enfiteuta cabe a *obrigação* de conservar a coisa e cuidar dela como se sua fosse, eis que poderá o imóvel retornar à plena propriedade do *senhorio direto*.

Aliás, trata-se de *direito* do *senhorio direto* o de readquirir a *plena potestas in re*, revigorando plenamente o domínio, se o enfiteuta cair em comisso ou se falecer sem sucessores.

É igualmente *direito* do *diretário* o de ser preferido, em relação a terceiros, na circunstância de querer, o enfiteuta, alienar o seu direito. Como se vê, trata-se de um condicionamento ao *direito de dispor* incumbido ao enfiteuta, uma vez que, embora podendo alienar a coisa, deverá oferecê-la, primeiro e preferencialmente, ao

senhorio direto, conforme a regra no direito pátrio, do art. 683 CC, e a sanção prevista no art. 685 CC.

Por fim, haveríamos que mencionar, ainda, o *direito* do enfiteuta ao resgate do foro, mediante o pagamento de um *laudêmio*, dez anos após a constituição da enfiteuse. Novamente relembrando o *jus protimeseos*, isto é, o direito à consolidação da *plena potestas in re*, pela junção do domínio útil ao domínio direto, encontraremos a razão jurídico-filosófica da existência de tal direito, expresso no art. 693 CC, do qual consta, inclusive, *norma de ordem pública* que inadmite a *renúncia* ao direito de resgatar. Assim, nulo será o pacto que objetivar tal renúncia, e o enfiteuta poderá, inobstante o pactuado que contrarie a norma de ordem pública, efetuar o resgate.

E – EXTINÇÃO DA ENFITEUSE

São vários os modos pelos quais se pode extinguir a enfiteuse, *apesar da perpetuidade, seu mais importante traço característico*, além do resgate, pelo foreiro, que põe fim à enfiteuse.

Assim, extinguir-se-á a enfiteuse: por *abandono voluntário e gratuito*, pelo foreiro, em favor do diretário; por *natural deterioração* do prédio aforado; pelo *comisso*; e pelo *falecimento* do enfiteuta *sem herdeiros*.

O art. 687, *in fine*, CC, estabelece o direito que tem o enfiteuta de *abandonar* o bem enfiteutico, gratuita e voluntariamente, ao senhorio direto, ato este que equivale à *renúncia*, e, por isto, unilateral, tendo eficácia, pois, independentemente da anuência do diretário. Tal ato abdicativo deverá ser inscrito no registro imobiliário, para que produza os efeitos daí esperados, como por exemplo, a remissão do foro, inadmitida pela primeira parte do mesmo art. 687 CC que, depois, abre a exceção para a circunstância de abandono.

As demais hipóteses de extinção da enfiteuse são aquelas descritas nos incisos do art. 692 CC.

Assim, o inc. I, refere que a extinção se dará por *natural deterioração do bem enfiteutico*, se esta situação impedir que o foreiro obtenha, da exploração, capital equivalente ao *canon* e mais um quinto deste. Se for este o caso, reverterá a enfiteuse em favor do senhorio direto, consolidando, na sua titularidade, a *plena potestas in re*, a menos que o foreiro tenha tido culpa na ocorrência da deterioração do bem ou prazo.

O mais comum dos casos de extinção é aquele descrito no inc. II do artigo em comento, isto é, a extinção pelo *comisso*, vale dizer, pelo fato de o foreiro deixar de pagar o *canon* devido por três anos consecutivos. Anote-se que a aplicação do comisso *depende de sentença* (Súmula 169 STF) e que o enfiteuta pode purgar a mora enquanto o comisso não houver sido decretado por sentença (Súmula 122 STF). Até então, não se extingue a enfiteuse; não se consolida, para o senhorio direto, a propriedade plena, pela reaquisição do domínio útil.

O terceiro caso (inc. III), mencionado pelo Código Civil como hipótese de extinção da enfiteuse refere ao *falecimento do enfiteuta sem herdeiros*. Embora, para o efeito sucessório, se dê aos bens enfiteuticos a natureza jurídica de *bens alodiais*, o destino daqueles será diverso do destino destes, se o autor da herança falecer sem sucessores. Assim, e estando nesta situação, os bens enfiteuticos retornarão ao domínio pleno do senhorio direto, ao invés de simplesmente, como os demais bens vagos, se destinarem ao patrimônio do Estado (art. 1603, V).

A título de complementação, menciona-se, com Darcy Bessone (*Direito Reais*, p. 276) que a extinção da enfiteuse também se dará, além dos casos expressamente previstos pelo Código Civil, como vimos, pela *desapropriação*, pela *reunião em uma só pessoa* das qualidades de enfiteuta e de senhorio direto e, também, pelo *usucapião*, quando o senhor direto ou um terceiro possua o imóvel por tempo suficiente para operar-se a prescrição aquisitiva.

F – TERRENOS DE MARINHA

Os terrenos de marinha e acrescidos, mencionados na 2ª parte do art. 694 CC, são bens públicos dominiais, pertencentes à União.

O Decreto-Lei nº 9.760 de 5-9-46, confirmado pelo art. 20, VII da CF, informam a publicidade de tais bens, e o mencionado Decreto-Lei estabelece regras especiais sobre a enfiteuse ou aforamento de terrenos de marinha.

Regidos, assim, por lei especial, o sistema enfiteutico de tais bens foge dos limites do Direito Civil, para situar-se no Direito Administrativo, aplicando-se o direito comum apenas naquilo que couber e subsidiariamente.

G – ENFITEUSE NO DIREITO PROJETADO

Como vimos antes, de há muito se pretende a supressão da enfiteuse da lista dos direitos reais sobre as coisas alheias.

No anterior direito projetado brasileiro se observa, com nitidez, esta tendência à supressão do instituto. Se iniciarmos o exame pelo Anteprojeto de Orlando Gomes (1963), nos seus arts. 516 a 523 e, depois, no Projeto de 1965, nos seus arts. 503 a 509, observaremos, em ambos, a preocupação de proibir novos aforamentos e de limitar os já existentes.

Nas considerações lançadas no relatório que acompanhou o Projeto de Código Civil de 1965, os seus autores – Orozimbo Nonato, Caio Mário da Silva Pereira e Orlando Gomes – esclareceram, no capítulo denominado *Espírito Geral dos Textos*, o seguinte:

A substituição de um Código não requer ruptura com a tradição viva de seus preceitos... Mas, o respeito à continuidade da tradição não deve ir ao ponto de se conservarem institutos ou regras incompatíveis com a vida moderna ou desaprovados pela prática, pelo desuso, pelo desvirtuamento, ou pelas perplexidades polêmicas que ensejam. Na linha desse pensamento, a Comissão

aboluiu o regime dotal, os direitos reais de uso e habitação, a anticrese, a hipoteca legal, a deserdação e proibiu a constituição de novas enfiteuses.

E, mais adiante, no título *Alterações no Direito das Coisas*, nesse mesmo relatório, fizeram constar:

No campo dos direitos reais limitados, aboliram-se espécies anacrônicas ou inconvenientes, algumas inúteis, outras antieconômicas, como a enfiteuse, o uso, a habitação e a anticrese.

Na *Memória Justificativa* do Anteprojeto de 1963, Orlando Gomes bem esclareceu sobre esta animosidade contra o instituto da enfiteuse, ponderando que, se não o suprimiram por completo, foi por entender que tal medida, *além de ser discutível na sua constitucionalidade*, não representaria, talvez, uma *solução radical, a muitos títulos inconveniente e injusta.*

Entendeu ele, também, que o próprio direito ao resgate contemplado no direito pátrio, quer reforçar esta tendência à total extinção da enfiteuse. Mas, como medida de prudência, orientou-se o Anteprojeto no sentido de ver respeitado os aforamentos já existentes, retirando-lhe, contudo, as vantagens, de tal forma que veriam, tanto o senhorio direto como o enfiteuta, dirimidos os seus interesses, aquele por não poder receber o laudêmio e, este, por não poder dar o imóvel em subenfiteuse.

Outra grande fonte geradora de desinteresse do enfiteuta no prosseguimento do negócio enfiteutico foi a revogação do princípio da invariabilidade do foro.

Não vingou o Projeto mencionado, pois, ao ser encaminhado ao Congresso, sofreu os mais contundentes ataques pela chamada *Sociedade de Defesa da Família, Tradição e Propriedade* que, dentre outras metas de *elevado teor patriótico e cristão*, visou à conservação dos contratos enfiteuticos. A ofensiva resultou vitoriosa e o Projeto foi retirado do Congresso.

Finalmente, o atual Projeto de Código Civil (Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1994 – nº 634, de 1975, na Casa de Origem) cuja redação final das Emendas, no Senado, deu-se pelo Parecer nº

842, de 1997, optou por suprimir por completo o instituto da enfiteuse, do elenco dos direitos reais, relegando-a para o capítulo das disposições finais e transitórias (art. 2.066 e parágrafo único).

Cuidou o Projeto, em seu lugar, do antigo instituto da superfície, nos arts. 1368 a 1375, de utilidade muito maior que a enfiteuse, sem os inconvenientes desta, principalmente a perpetuidade.

À primeira vista, parece soar como contra senso a restauração deste velho instituto, mas, ao que parece, a sua retomada, marcada por novos traços e por acréscimos, parece que vem, na realidade, se configurar como nova figura jurídica de grande utilidade em nossos dias, maior – segundo apontam os estudiosos – que aquela atribuída à enfiteuse.